keine Stelle vorhanden, aus welcher das von mir hier bestrittene Pfandrecht erwiesen werden könnte. Aus diesem Grunde halte ich meinen Widerspruch hinlänglich gerechtfertigt.



V.

Ueber Vergleiche nach rechtskräftigen Erkenntnissen.

Von Herrn Dr. Carl Leopold Goldschmidt, Advocat in Frankfurt am Main.

(D. 2. 15. C. 2. 4.)

Nichts ist gewöhnlicher, als daß insolvente Schuldner sich gegen andringende Gläubiger so lange vertheidigen, bis sie rechtskräftig zur Zahlung verurtheilt sind, alsdann erst mit denselben unterhandeln und einen Vergleich abschließen, wozu sich diese bey der gewissen Aussicht auf einen Concurs und der Ungewißheit seines Ausganges zu verstehen pflegen; solche Vergleiche wären nun nach Thibaut's Ausführung in diesem Archive [1]), weil gegen rechtskräftige Urtheile kein Vergleich Statt finden soll, durchaus ungültig. Wenn also Advocaten in solchen Fällen beiden Theilen einen Vergleich als den, ihrer Ueberzeugung nach, fürs beiderseitige Interesse zweckmäßigsten Ausweg anriethen, so handelten sie gewissenlos gegen den Schuldner, dem auf diese Weise im geringsten nicht geholfen wäre. In der Beziehung müßte sich der Verfasser vorliegenden Aufsatzes großer Gewissenlosigkeit anklagen, da er in solchen ihm häufig vorgekommenen Fällen fast jederzeit einen Vergleich angerathen, ja, was noch sonderba-

1) Bd. 8. H. 2. Abh. 12.

rer ist, dieses umgekehrt gleichsam als Gewissenssache angesehen hat; auch weiß er, daß viele seiner Collegen sich in gleicher Lage befinden, und fühlt sich daher berufen, die Gründe seiner nicht wankend gewordenen Ueberzeugung öffentlicher Prüfung vorzulegen.

§. 1.

Der Vergleich setzt ein Erwerben [2]) und ein freywilliges [3]) Erlassen (remittere, remissio) zum Voraus, eben so die Schenkung [4]), weßhalb beider Begriffe einigermaßen zusammenfallen [5]); zwischen ihnen ist gesetzliches Merkmal, daß ersterer ein ungewisses, streitiges, unentschiedenes Verhältniß erfordert, letztere nicht [6]). Dieses Erforderniß ist nicht vorhanden, wo zwischen den streitenden Theilen vom Richter ein rechtskräftiges Erkenntniß erlassen, gegen das kein Rechtsmittel mehr zulässig, und dieses den Partheyen bekannt ist, darum wird in solcher Lage ein Vergleich undenkbar und unstatthaft [7]), eine Schenkung hingegen möglich und

2) L. 38. C. h. t., L. 3. C. de rep. v. abst. haer. (6. 31.), *Harmenopulus I. 10. §. 1.*

3) L. 7. §. ult. D. de pactis (2. 14.) gehört nicht in die Lehre von der Transaction im Sinne des römischen Rechts.

4) L. 29. pr. D. de donat. (39. 5.), L. 214. D. de V. S. (50. 16.), L. 82. D. de R. I. (50. 17.)

5) L. 8. §. 17. D., L. 34. C. h. t., L. 15. §. 4. D. locati (19. 2.), L. 46. §. ult. D. de adm. et per. tut. (26. 7.), L. 3. C. de rep. v. abst. haer. (6. 31.), L. 6. C. de solut. (8. 43.)

6) L. 1. D., L. 12. C. h. t., *Harmenop. I. 9. §. 2.*, 10. §. 14.

7) L. 7. 11 D., L. 32 C. h. t., L. 23. §. 1. D. de cond. ind. (12. 6.) Hierher gehören nach *Paulus, S. R., I.* 1. §. 1. 5., L. 3. 5. 6. 9. 10. C. Greg. h. t. (1. 2.), L. 3. C. Hermog. h. t. (4.), L. 2. C. T. h. t. (2. 9.), *Consult. vet. Icti*, §. 4. 7. 9., wo pactum und pacisci für transactio und transigere gebraucht wird, ferner *Harmenop. I.* 10. §. 4.

erlaubt [8]. Die Transigenten konnten es beym bloßen pacto bewenden lassen [9], pflegten aber die aquilische Stipulation [10] hinzuzufügen [11], welche alle vorhergegangenen Obligationen novirend tilgte, selbst aber durch Acceptilation getilgt ward [12]. Da nun alle Obligationen ohne Ausnahme, auch die aus der re judicata erwachsenen novirt werden konnten [13], so ward mittelbar ein post rem judicatam abgeschlossener Vergleich durch die mit Bedacht [14] hinzugefügte stipulatio Aquiliana und acceptilatio [15] rechtsbeständig [16]. Eine rechtskräftig zuerkannte Schuld konnte übrigens, wie jede andere, per pactum de non petendo erlassen werden, was jedoch für den Schuldner in der Regel nur eine Einrede zur Folge hatte, während die alte obligatio fortbestand [17]; nach heutigem Rechte [18] wird durch ein solches pactum (remissorium, Nachlaßvertrag) diese selbst aufgehoben [19].

---

8) L. 6. C. de solut. (8. 43.), *Paulus*, *l. c.*

9) L. 2. D. h. t., *Harmenop. I.* 10. §. 5.

10) Hugo, Civ. Mag., Bd. 2. Abh. 19.

11) L. 2. 15. D. h. t., *Paulus*, *S. R.*, *I.* 1. §. 3.

12) §. 1. 2. J. quib. mod. toll. obl. (3. 30.), L. 4. D. h. t., L. 1. 18. §. 1., L. ult. D. de accept. (46. 4.), *Gajus III.* 169., *Cujacius Obs. V.* 36.

13) L. 4. D. h. t., L. 1. pr., 2 D. de novat. (46. 2.)

14) L. 5. D., L. 3. C. h. t., *Harmenop. I.* 10. §. 18.

15) Oben Note 12.

16) L. 32. C. h. t. vergl. m. L. 3. 4. 15. 40. C. eod., L. 6. C. de Solut. (8. 43.), L. 13. C. Gr. h. t. (1. 2.), L. 4. C. Herm. eod. (4.)

17) §. 3. J. de exc. (4. 13.), L. 2. §. 1., L. 7. §. 18. 19., L. 8. 9. 17. §. 1., L. 27. §. 2., L. 41. 44. D. de pact. (2. 14.), L. 95. §. 4. D. de solut. (46. 3.)

18) Thibaut, Pandekten-Recht, §. 163. 914.

19) *Hellfeld*, *J. F.*, §. 1937.

§. 2.

Demnach wäre bey nach in Rechtskraft erwachsenen Erkenntnissen zwischen den Partheyen abgeschlossenen Vergleichen dahin zu unterscheiden:

A) Wenn der obsiegende Theil etwa über sein durch rechtskräftiges Urtheil gesichertes Recht nicht gehörig belehrt, solches vielmehr für zweifelhaft haltend, gerade um Ungewißheit zu beseitigen, sich zu vergleichen beabsichtigte, dieser braucht sich nicht erst neuer Rechtsbehelfe zu bedienen, um zu seinem alten Rechte zu gelangen, weil der abgeschlossene, von vornen herein unstatthafte Vergleich solches aufzuheben gar nicht im Stande war; dahingegen

B) Wenn der obsiegende Theil, über den Umfang seiner Rechtszuständigkeiten vollständig belehrt, nichts desto weniger dem unterliegenden einen übereingekommenen Nachlaß zu bewilligen sich bewogen fand, behält es bey diesem Abkommen unbedenklich sein Bewenden [20].

§. 3.

Thibaut [21]) führt für die als Regel aufgestellte unbedingte Ungültigkeit solcher Vergleiche folgende Gründe an:

1) Diese Regel komme schon bey Paulus [22]) als etwas ganz ausgemachtes und zwar bey Gelegenheit der verbotenen Verträge vor, eben so bey Ulpian [23]).

2) Dasselbe komme, immer mit Andeutung auf Widerrechtlichkeit und Nullität, im Cod. Gregor. Hermog. und Theod. [24]), auch

---

20) *Stryck, U. M., h. t. §. 7. de caut. contr. III. 7. §. 4.*

21) Oben Note 1.

22) I. 1. §. 5.

23) F. 7. pr., 11 D. h. t., L. 23. §. 1. D. de cond. ind. (12. 6.)

24) Oben Note 7.

3) in der *consultatio vet. ICti.* [25]) vor, wo dabey als Grund angegeben werde: pactio ipsa judicii ordinem et constitutionem infirmat.

4) Ein Rescript der Kaiser Diocletian und Maximian [26]) verwerfe einen solchen Vergleich, wo gar eine aquilische Stipulation und Acceptilation hinzugekommen, und habe in demselben, wie schon Donellus [27]) bemerkt, *si* die Bedeutung von *quia* oder *quandoquidem*.

5) Man habe bisher fast immer Alles aus dem Begriffe eines Vergleiches, als Ungewißheit voraussetzend, abgeleitet; das scheine jedoch bedenklich, denn nach eingetretener Rechtskraft seyen Weiterungen noch immer möglich, auch würden gegen solche Wortklauberey die Classiker, wie in ähnlichen Fällen, den Vergleich durch eine geschickte Wendung zu retten gesucht haben; endlich paßten hierzu die auf etwas in sich Schlechtes und Verbotenes deutenden Ausdrücke der angezogenen Rechtsquellen nicht, vielmehr habe sich

6) bey den Römern sehr viel durch das Gefühl, mit Rücksicht auf Zweckmäßigkeit und Schicklichkeit, gemacht; dieses habe wohl auch eine solche scheinbar strenge Regel veranlassen können; Vergleiche jener Art müßten für Gerichte fast beleidigend seyn, deren Ansehen dadurch gefährdet werde, wenn nach völlig ausgemachter Sache ein angeblicher Vergleich wieder als höchste Instanz erscheine, was den Römern, die so viel für das Ansehen und die Majestät ihrer Magistrate gethan, am wenigsten habe entgehen können, die erwähnte Stelle der Consultatio habe, von dieser Seite betrachtet, einen sehr guten Sinn; endlich

---

25) §. 4. 7. 9.
26) L. 32. C. h. t.
27) *ad h. l.*

7) lasse sich dieser Regel keine ratio nachweisen, welche mit den Grundsätzen des deutschen Rechts nicht zu vereinbaren sey, und könne deren praktische Anwendbarkeit schon deswegen nicht in Zweifel gezogen werden.

§. 4.

Es scheinen jedoch diese, der bessern Uebersicht wegen, einzeln herausgehobenen und zusammengestellten Gründe nicht auszulangen:

ad 1) Eine höchst einfache Bemerkung kann oft dem Ideengange eine veränderte Richtung geben; darum darf wohl vor allen Dingen bemerkt werden, daß in den Quellen nirgendwo, wie bey Thibaut, von Vergleichen *contra* rem judicatam, bey den klassischen Juristen vielmehr nur von solchen *post* rem judicatam die Rede ist. Diesen Ausdruck gebraucht namentlich Paulus [28], wiewohl er im vorhergehenden §. bemerkte:

»pactum *contra* jus etc. interpositum nihil mo-
»menti habet,«

mit welchem §. er ohnehin unsern Fall, den er natürlich bey der Lehre von Conventionen überhaupt und ungültigen insbesondere berührt, nicht, vielmehr mit rebus litigiosis als Gegensatz in Verbindung bringt:

»de rebus litigiosis et convenire et transigere
»possumus, *post* rem judicatam pactum, nisi
»donationis causa interponatur, servari non
»oportet.«

Der wahre Zusammenhang dieser Stelle erläutert sich aber aus folgender Ulpian's [29]):

»qui transigit, quasi de re dubia et lite incerta
»neque finita transigit, qui vero paciscitur do-

28) *L.* 1. §. 5.
29) L. 1. D. h. t.

»nationis causa, rem certam et indubitatam li-
»beralitate remittit.«

Fügt man dessen nachstehende Aeußerung hinzu:

„post rem judicatam etc., si negetur judicatum „esse, vel ignorari potest, an judicatum sit, „quia adhuc lis subesse possit, transactio fieri „potest [30];«

zu dieser aber seine fernere:

„res judicata pro veritate accipitur [31],«

und die Modestin's:

„res judicata dicitur, quae finem controversia„rum pronuntiatione judicis accipit [32],«

so stellt sich unzweifelhaft der Grund der Ungültigkeit der fraglichen Vergleiche dahin heraus, weil *post rem judicatam lis subesse non potest*, welchen auch Harmenopulus [33]) ausdrücklich angibt. Für Rechtssätze aber, welche aus den Zeiten der klassischen Juristen herrühren, sind an und für sich schon die Gründe, wo möglich, bey diesen, und nicht in kaiserlichen Rescripten 2c. zu suchen, welche letztere übrigens

ad 2) blos auf den fraglichen, als auf einen unzweifelhaften und längst feststehenden, verweisen, ohne eigentlich den Grund zu berühren; nur daß sich auch hier wieder der transactio de re judicata die de dubia lite entgegengesetzt findet [34]).

---

30) L. 11. D. h. t.

31) L. 207. D. de R. J. (50. 17.)

32) L. 1. D. de re Judic. (42. 1.)

33) *I.* 10. §. 4.

34) L. 12. C. h. t., L. 10. C. Greg. eod. (1. 2.), L. 5. C. Herm. eod. (4.)

ad 3) Gegen die angeführten klassischen Zeugnisse könnte die aus dem Mittelalter herrührende *Consultatio vet. ICti.* an sich nicht in Betracht kommen, wenn sie auch mehr wäre, als ein auf einseitiges Verlangen für einen besondern Fall abgegebenes Privat-Gutachten; allein auch sie schickt als eigentlichen Grund voraus [35]: „quod tantum de dubiis rebus pacisci possumus," wohingegen die von Thibaut ausgehobene Stelle derselben sich darauf zu beziehen scheint, daß im unterstellten Falle post rem judicatam noch auf Schiedsrichter compromittirt war, welcher Umstand jene Mißbilligung wohl zunächst veranlaßte.

ad 4) Dieses Rescript bestätigt umgekehrt, wie schon oben bemerkt, daß ein post rem judicatam abgeschlossener Vergleich, wenn aquiliana stipulatio et acceptilatio hinzugekommen, zu Recht besteht.

Zuvörderst folgt dieses aus allgemeinen Begriffen; war post rem judicatam schon ein pactum donationis causa interpositum wirksam, wie hätte es eine Novation nicht in höherem Grade seyn sollen? Die aquilische Stipulation enthielt nun aber einmal eine solche, welche alle vorhergegangenen Obligationen und aus ihnen entspringenden Actionen aufhob, mußte also auf die actio judicati gleiche Wirkung äußern, so daß nach hinzugekommener Acceptilation in der Regel kein Klagerecht mehr übrig blieb.

Ueber diesen Sinn des Rescripts kann aber auch, seiner Fassung nach, kaum ein Zweifel erhoben werden. Vinnius [36]) bemerkt schon, Donellus habe solches

„sine ulla necessitate contra perpetuum latini „sermonis usum"

35) §. 4.
36) *De transact. IV. 6.*

interpretirt; wirklich hätte diesen der von den Kaisern gebrauchte Ausdruck:

„Si non Aquiliana stipulatione et acceptilatione „subsecuta competentem tibi actionem *pere*„*misti*,"

an die einschlagende Aeußerung Ulpian's 37) erinnern, und von der versuchten Auslegung abhalten sollen; überdieß findet sich von denselben Kaisern in einem andern Rescripte 38) ungefähr dieselbe Wendung nochmals wieder:

„Siquidem Aquiliana stipulatio et acceptilatio „insecuta non est,"

wo nach dem Zusammenhange, weil auf diesem Satze der Nachdruck nicht liegt, an quia gar nicht zu denken ist.

Es hätte freylich jede einfache Novation dieselbe Wirkung gehabt, und es der in der aqnilischen Stipulation enthaltenen collectiven nicht bedurft; diese war jedoch, ihrer Zweckmäßigkeit wegen, beym Vergleiche die übliche 39),

„pacto convento Aquiliana quidem stipulatio „subjici solet 40),"

und in dieser natürlichen Beziehung geschieht ihrer auch im fraglichen Rescripte, wie sonst häufig, Erwähnung.

Die Römer unterschieden übrigens genau den Vergleich (pactum conventum) von der aquilischen Stipulation und Acceptilation, die erst hinterher hinzukamen, und weder ihrer rechtlichen Natur, noch ihrer Fassung nach mit demselben etwas gemein hatten, so

37) L. 4. D. h. t.
38) L. 13. C. Greg. h. t. (1. 2.), L. 4. C. Herm. eod. (4.)
39) Oben Note 10 — 12.
40) L. 15. D. h. t.

daß, wörtlich genommen, die von Thibaut aufgestellte Behauptung:

„ein Vergleich in Form der Aquiliana stipulatio
„und acceptilatio sey doch auch ein Vergleich,“

gar keinen Sinn hat, und angenommen werden muß, daß bey ihm die Worte:

„in Form der Aquiliana stipulatio und acceptilatio“

so viel sagen sollen, als

„Aquiliana stipulatione et acceptilatione subse-
„cuta,“

was eigentlich dasselbe und gleich wenig wahr ist, viel mehr wären hier, nach römischen Begriffen, drey Zeiträume zu unterscheiden; vom abgeschlossenen Vergleiche bis zur aquilischen Stipulation, wo das pactum conventum wirksam war, von der aquilischen Stipulation bis zur Acceptilation, wo das frühere Rechtsverhältniß durch Novation aufgehoben und die actio ex stipulatu an dessen Stelle getreten war; endlich hob die Acceptilation diese, somit jede obligatio und actio auf, und bewirkte vollständige Liberation.

ad 5) Ein transigere scheint ursprünglich bey schon rechtsanhängigen, noch nicht entschiedenen Sachen allein vorgekommen, und gleich dem richterlichen Ausspruche als eine Art von Entscheidung betrachtet worden zu seyn; darauf deuten viele Stellen [41], darauf weißt die Stellung der Lehre in den Rechtsbüchern zwischen den Titeln de edendo und de postulando hin [42]; in diesem Sinne finden wir auch decidere bey und für transigere

---

41) z. B. L. 22. §. 1. D. de in jus voc. (2. 4.), L. 2. p. D. si quis caut. (29.), L. 29. §. 2. D. de inoff. test. (5. 2.), L. 60. D. de procurat. (3. 3.), L. 7. 19. 24. C. h. t.

42) *Cujacius Obs. x.* 30.; Goldschmidt, über Litis-Contestation und Einreden, S. 8.

angewendet [43], und in einem kaiserlichen Rescripte [44]) den Satz aufgestellt:

»non minorem auctoritatem transactionum,
„quam rerum judicatarum esse."

Darnach war aber post rem judicatam von einer transactio nicht weiter die Rede, und als deren Begriff auf zweifelhafte Sachen überhaupt sich allmählig ausdehnte, umfaßte er jedoch nie res certas et indubitatas [45]), und konnte es auch in späteren Zeiten keinem einfallen, gar an die Zulässigkeit einer transactio post rem judicatam zu denken.

So hat sich unser Satz im römischen Rechte praktisch und theoretisch, ohne alle Wortklauberey, entwickelt und erhalten, und konnten die Classiker an einen Rettungsversuch nicht nur unter diesen Umständen, sondern auch darum schon nicht denken, weil Schenkung und Novation mit Acceptilation ohnehin bequeme Auswege darboten.

ad 6) Wie mißlich in Sachen der Geschichte und Critik, überhaupt in wissenschaftlichen Dingen, ein Berufen auf das Gefühl ist, zeigt sich auch hier wieder in sofern, als nach des Verfassers Ueberzeugung dieses an und für sich die Römer zum entgegengesetzten Resultate geführt haben müßte. Bey uns, wo die devoteste Submission nicht blos zur Tages-, sondern selbst zur Proceß-Ordnung gehört, die wir uns bey jedem Gerichte gleich ein Hochlöblich oder Hochpreislich hinzudenken, keine Decrete kennen, als verehrliche und hochverehrliche, Recht holen müssen, wo und wie man es uns gibt, die wir das freye Wort längst schon im Acten-

43) *Brissonnius de V. S. h. v.*, *Vinnius l. c. l.* 4.
44) L. 20. C. h. t.
45) L. 1. D., L. 2. C. h. *t.*, L. 65. §. 1. D. de cond. ind. (12.6.)

staube erstickt und zu Grabe getragen haben, bey uns freylich müßten

»Vergleiche jener Art den Gerichten fast beleidi»gend seyn,«

dürften überhaupt die von Thibaut bemerkten Rücksichten eintreten. Dem freyen Römer war dieß Alles unbekannt; der Staat bestellte fürs Civilverfahren, seinem Zwecke nach, nur Beamte, in so weit es nöthig war, der Selbsthülfe vorzubeugen, nämlich für Einleitung des Prozesses und Vollstreckung des Urtheils; dieses hingegen erließen in der Regel von den Partheyen gewissermaßen selbst gewählte Privatleute (judices), denen es ganz gleichgültig seyn konnte, was hinterher aus der Sache ward. Und des Ausspruchs dieser wegen hätte man die freye Dispositions- und Alienations-Befugniß beschränken sollen? Dabey sollte das Ansehen der Magistrate, von denen diese Urtheile in der Regel nicht herrührten, die sich um solche nicht eher kümmerten, bis aus denselben bey ihnen Klage erhoben ward, interessirt gewesen seyn? Das ist schwer begreiflich, und weit natürlicher mußte bey den Römern das volenti non fit injuria sich als höchster Grundsatz voranstellen, auch wohl der Satz:

»nec unquam volentibus dolus inferatur [46]«

in Betracht kommen; darum aber dürfte der in Frage stehende Rechtssatz schwerlich dem Gefühle des Römers zugesagt haben, am wenigsten gar aus demselben abzuleiten seyn.

ad 7) Dem kann nur beschränkt, wie oben (§. 2.) angeführt, beygepflichtet werden; auch äußert sich die Verschiedenheit des heutigen Rechts vom römischen in sofern, als bey uns das pactum de non petendo die

46) L. 34. C. h. t.

frühere Verbindlichkeit ganz aufzuheben im Stande ist [47]), bey welcher Gelegenheit schließlich folgende Aeusserung J. H. Böhmer's [48]) wohl angeführt werden darf:

»interim omnibus, quorum interest, consentien- »tibus etiam post rem judicatam pactum remis- »sorium adhuc fieri posse, nullus erit qui ambi- »get, siquidem quilibet rerum suarum liberri- »mus moderator ac arbiter est etc. Omnino »ejusmodi pactum ob notoriam debitoris inopiam »omni meliori modo a judice et cordatis causa- »rum patronis prae longiori taediosaque lite »suadendum promovendumque, minime vero »impediendum erit.«

VI.

Ueber die Verzinsung illiquider Schulden, besonders mit Rücksicht auf die *Quarta Falcidia.*

Von Thibaut.

Die Frage, inwiefern der Erbe von den Legaten, deren Genuß ihm an sich nicht gebührt, Zinsen und Früchte zu bezahlen habe? war wenigstens in älteren Zeiten sehr streitig [1]), indem Einige hier nur die gewöhnlichen Regeln der mora anwenden wollten, Andere aber den Augenblick des Todes des Erblassers, oder der Erbantretung, oder der agnitio legati, oder der Wissenschaft des Erben zum terminus a quo mach-

47) Oben Note 15 — 17.
48) *Exc. ad Pand. V.* 89. §. 19. 20.
1) *Lauterbach* coll. theor. pract. L. 30 — 32. §. 51. *Voet* comm. ibid. §. 48.